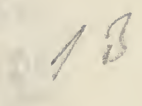
✠



APPENDIX,

SEU AUCTARIUM

AL MANIFIESTO FORMADO A NOMBRE DE

D. FRANCISCO

ARIAS DE SAAVEDRA

ALVARADO REMIREZ DE ARELLANO Y NEVE,
MARQUES DE MOSCOSO,

SOBRE

LA SUCCESSION DE EL MAYORAZGO,
QUE FUNDÒ

MIGUEL DE NEVE,

A QUE ES OPOSITOR

DON JUAN NICOLAS

DE SAAVEDRA

VENEGAS DE QUEZADA Y VARGAS.



HISPALI:
In Typographia de los RECIENTES in vicō de Genova;
Anno Domini. MDCCXLVI.

N. 1. MOVIDO EL MARQUES DE la gravedad del punto, que actualmente se controvierte, por ser sobre la succesion de un Mayorazgo: si solicitò manifestar por escripto los fundamentos, que le pareciò assistirle, para obtener en justicia, no excusa, por lo que su Avogado oyò en Estrados al de D. Juan Nicolàs de Saavedra, añadir, lo que le parece conveniente.

2. *Non enim erubescimus, si quid melius, etiam horum, quæ ipsi prius diximus, adinveniatur*, que dixo el Emperador Justiniano *in Authent. de Nuptiis*, haviendose procurado conservar en la memoria lo substancial de los discursos, y respuestas, que diò el Avogado de D. Juan Nicolàs, haviendo visto, lo que por el Marquès se imprimiò.

§.

3. Lo que parece ha hecho mas fuerza para el assumpto, es dificultar D. Juan Nicolàs, y aun negar, que la possession civil, y natural se le haya transmitido al Marquès, queriendolo deducir de la fundacion del Mayorazgo, por contemplar condicionales todos los gravamenes de Apellido, y Armas, residencia, &c.

4. Procuròse desde el *num.* 110. del Manifiesto hasta el 114. fundar la regla de ser modales todas las clausulas de los Mayorazgos, aunque suenen â condicionales, con las doctrinas, que se pusieron presentes.

5. Lo que contra esto se dixo en Estrados, fue deberse estar â lo expresso de la fundacion, que prevalece â qualquiera congetura, lo que se procurò fundar con algunas doctrinas, siendo una de ellas la de Mieres *de Major. part. 2. quæst. 4. illat. 8. num. 29.* y la del Sr. Castill. en diferentes lugares.

6. Y ciertamente, que lo que estos dicen no comprueba el assumpto; antes si expressan, que, aunque el Fundador se explique con voces, que inclinen â modo, si su voluntad, fue, que antes de entrar en la possession estè cumplido, serà condicional el gravamen; pero que si permitiò entrasse el Possedor en la possession, y estando en ella, previno se cumpliess-

pliesse, serà modal: y lo mismo quando huviesse duda, de si era la voluntad se cumpliesse antes, ô despues de entrar en la possession el llamado, en cuyo caso se debe tener por modal, y no condicional.

7. Si este discurso, y reglas, que solo se pusieron en abstracto, como por preliminar, y que en la misma forma se sentò por el Avogado de D. Juan Nicolàs, se termìna, â que aya diferencia de prevenirse la observancia del gravamen antes del ingresso de la possession, ô despues de estar en ella el Posseedor; entonces subsistirà la rèplica, quando la consideracion se ponga, no en lo que suenan las palabras de las clausulas; sino en qual fue la mente legitima del Fundador: que si quiso fuesse condicional su disposicion, importa nada, que las voces suenen â modal; y al contrario.

8. Siendo esto, lo que dicen los AA. registrados en los lugares, que se citaron; y no lo que quiso el Avogado de Don Juan Nicolàs, que, pretermitiendo la voluntad de los Fundadores, solo formò el discurso, ô rèplica, al mero sonido de las palabras, queriendo, que los AA. que citò, dixessen esto mismo, lo que no expressaron; sino lo contrario.

9. Queriendose contraher esta regla general â el caso presente, y haciendose cargo el Marquès de la clausula de la fundacion, sobre que si el Successor no cumpliesse los gravamenes, que se le imponian, se tuviesse por preterido, por no intentar llamar â la succesion, sino â aquellos, que precisamente los cumpliessen: y hecho cargo de ella desde el dicho *n.* 114. *inclusivè* de su Manifiesto, hasta el *n.* 121. *inclusivè*, con todo, lo que se tuvo por bastante para fundar el Derecho, se ocurriò por el Avogado de Don Juan Nicolàs â formar discurso.

10. Consistiò este, en que semejante clausula, por lo extenso de su expresion, causaba ser la disposicion puramente condicional, y absolutamente no modal, infiriendo de esto, que mal pudo haverse transmitido la possession civil, y natural de este Mayorazgo en el Marquès, quando de antecedente no tenia cumplidas las condiciones puestas, y que debian observar, los que solicitassen entrar en este Mayorazgo, para lo que citò el lugar del Sr. Molina, que se citò en el Impresso, y otros del Sr. Castillo, y Hermosilla, que solo se remiten al primero.

11. No parece es adequado modo de responder, fixarse, en que la referida clausula ha de gobernar toda la disposicion, comprehendiendo todas las subsequentes, sin admitir la diferencia, que se diò en el Manifiesto desde el *num.* 115. hasta el 121. *inclusivè*, que consistiò, en que una cosa es semejante clausula puesta al principio de la disposicion, como sucediò en este caso; â ponerse, quando en clausula separada posterior se puso el gravamen, y en este sentido no estàn los AA. discordes, nî contraria â el Marquès la opinion del Sr. Molina *lib. 2. cap. 12. num.* 18.

12. Reconocida esta, lo que dice es: *Secundò limitatur, nisi Majoratus Institutor IN IPSO GRAVAMINE disponat, quòd si Successor illud non adimpleverit, censeatur non vocatus, seu præteritus; adjiciens, quòd non intendit vocare, nec vocat ad ejus Majoratus successionem, nisi eos tantùm, qui gravamina sibi injuncta præcisè adimpleverint.* En lo que sigue hasta el num. 23. fundando esta su opinion.

13. El Padre Luis de Molina *tract. 2. disp.* 611. mueve la misma question, con la distincion, de que *si Institutor Majoratus IN IPSA INSTITUTIONE dicat, quòd Successor, qui non impleverit; quodvis ex gravaminibus impositis, aut aliquod, vel aliqua ex illis, censeatur non vocatus, aut præteritus, &c.* y haciendose cargo del lugar del Sr. Molin. lleva por fixa opinion, que semejante clausula *in ipsa institutione*, es modal, y no condicional.

14. Pero quando se puso en la clausula, en que està el gravamen, conviene con el Sr. Molina, en que entonces es condicional, ibi: *Illud addo in re, de qua disputamus, quando scilicet, ita imponitur MODUS, AUT GRAVAMEN, ut si non impleatur, aut ei contraveniatur, qui contravenerit, censeatur numquàm vocatus, eam dispositionem equipollere conditionali, ac proinde censeri, ac si à principio fuisset nulla.*

15. De forma, que consideradas estas dos opiniones, cada una en su caso, no estàn discordes, pues uno habla de la misma clausula, en que se puso el gravamen; y otro de quando se puso en la de institucion, ô llamamiento, de cuya diferencia no se hizo cargo el Avogado de D. Juan Nicolàs, como debiera, dando una solucion ineficaz, que consistiò, en que la virtud de la clausula puesta en la institucion, como que fue general, se extiende â todas las subsequentes; para

que citò otro lugar del mismo Sr. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 62. y otros del Sr. Castillo *lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 10. *y* 23. y en el *lib.* 4. *cap.* 9. *num.* 38.

16. Antes de hacernos cargo de ellos, se esfuerza mas esta diferencia, observando el modo, con que uno, y otro Author entran: el uno diciendo: *In ipso gravamine*; y el otro: *In ipsa institutione*; y la eficacia, que tienen estos adjetivos en la censura legal, ut notissimum est in Barbos. *de Dictionib. usu frequent. en la diccion* 177. desde el *n.* 3. que siempre persuaden restriccion al caso, de que se trata, como quando el Testador dice, que *ipse suus hæres* no enagene alguna alhaja, la qual podrà enagenar el heredero, ô herederos de este, aunque no el mismo gravado.

17. Con que haviendo en este caso dos clausulas, una, la primera, que se puso en la institucion; y otra, posterior, que hablò del gravamen, si en cada una, signatè, hablaron los dichos dos AA. no hay reparo, en que el que hablò en la del mismo gravamen, sea condicional; y la que hablò en la institucion misma, sea modal.

18. Con esta inteligencia, que se tiene por la mas genuina, fue solo pretermission voluntaria en el Avogado de D. Juan Nicolàs, la que hizo del lugar de Lara *de Capellaniis*, citado al *num.* 121. del Manifiesto: porque si lo mismo fuera la clausula puesta in dispositione, que la puesta en el gravamen, no la distinguiera, como las distingue el Author con palabras tan expressas como estas.

19. *Et tandem reijcitur conditio, quòd quis teneatur, habitare semper certo loco, Felin. cons.* 22. *num.* 2. *ubi addit maximè procedere, quando ponitur in dispositione, non in conditione, ex Bart. leg. Qui concubinam, §. Uxori, ff. de Leg.* 3. que no puede ser mas puntual para el assumpto presente, que prueba ser mas eficaz la clausula puesta en el gravamen, que si lo estuviera en la disposicion.

20. En estos terminos no son en contra de este discurso las opiniones de los AA. que por el Avogado de Don Juan Nicolàs se citaron; porque no està la duda por ahora en lo general, de que la clausula primera se extienda â las demàs, que no passa sin dificultad en el lugar, que citò del Sr. Castill. *lib.* 2. *cap.* 4. no en el *num.* 23. que dixo; sino en el 126. que puede verse, y â q̃ se refiere dicho Author en el *num.* 23.

 Con-

21. Consiste en la inteligencia de ella, reducida, á si dicha clausula, como regla general, aya de producir la misma congetura de condicion, que si se pusiera en la clausula especial del gravamen, lo que no prueban los dichos AA. que se citaron de contrario; y si los que contiene el Manifiesto, sobre que puesta in institutione, no produce en las clausulas subsiguientes la congetura, para que sean condicionales, sino modales: y puesta en la clausula del gravamen, se tiene por condicion.

22. De aqui se sigue, que, aunque sea cierta la regla, de que passe á las subsiguientes clausulas lo dispuesto en la precedente, no se puede negar, que este transito ha de ser con sus qualidades: que si es modal, como puesta en la institucion, passarà como tal; aunque puesta en el mismo gravamen, fuera condicional: con cuya inteligencia la dàmos á el Sr. Salg. en el lugar de *Supp. 2. cap. 3 0. §. 1. num. 5.* que se citò por dicho Avogado.

23. Quiso persuadirse, que por lo mismo, que el Fundador, en la clausula del gravamen mismo de residencia, previno, que el que no la tuviera en esta Ciudad, por el mismo caso perdiesse este Mayorazgo, y succediesse en èl el siguiente en grado, como se expressò en el Manifiesto *num.* 10. era visto, que dicho gravamen era puramente condicional, para lo que citò á Mieres *de Major. 2. p. q. 4. illat. 8. num.* 28.

24. Visto con la reflexion conveniente, no se halla diga, lo que por el Avogado se expressò; porque claramente và hablando, que quando el gravamen es condicional, es lo mismo, que si no huviera llamamiento, si no se purificò la condicion; pero no dice, que semejante gravamen, como el de dicha clausula, sea, y se haga precisamente condicional, que es, lo que se necessitò probar; y assi concluye Mieres, que *Maximè sibi locum vendicat, ubicumque gravamen, & conditio continet; quòd si successores non servaverint conditiones, cadant, & amittant omne jus.*

25. Observase haver dicho en Estrados el Avogado de D. Juan Nicolàs, que la clausula general tiene lugar, y remission precisa á las subsequentes, y á las demàs del testamento, á que se refiere, para que citò al Sr. Molina, y D. Castill. yà citados, con el fin de concluir, en que todas las demàs clausulas se havian de observar como verdaderas condiciones,

se-

ſegun lo prevenido en la general, en que aſsi lo diſpuſo el Fundador, de qua meminimus â *num.* 122. del Manifieſto.

26. Pero al miſmo tiempo ſe repara, en que teniendo preſentes todos los fundamentos expueſtos en èl haſta el *num.* 138. incluſivè (aunque eſtà equivocada la remiſsion, que al 134. ſe hizo del *num.* 119. del Manifieſto, debiendo ſer el 126.) ſe retractò de dicha propoſicion, pues confeſsò, que, aunque la clauſula general comprehenda las ſubſequentes, puede haver caſo, en que aſsi no ſe practique, y que eſte es, en el que en ellas aya contraria voluntad, â lo que previno en la clauſula general.

27. De lo qual ſe deduce, que no es abſolutamente cierta la regla, que propuſo como tal, y para que citò dichos AA. lo que pudiera haver omitido tocar en abſtracto, para confeſſar deſpues, que en el caſo de eſte Pleyto ay gravamenes en clauſulas ſubſequentes, que no hacen condicional la voluntad, ſino modal, como abundantemente ſe probò en dicho Manifieſto en los numeros citados.

28. Pero ahora ſe añade, que en la miſma clauſula general ſe halla, que primero previene *ſuccedan los llamados, poſſean, y desfruten* eſte Mayorazgo, que el que ayan de obſervar como condiciones, las que previno ſe guardaſſen, y conſta al *num.* 6. del Manifieſto, en que ſe puſo à la letra dicha clauſula, y ſiendo eſto, en lo que conſiſte la naturaleza del modo, como lo prueban los AA. citados *num.* 106. del Manifieſto, ſe infiere haver querido el Fundador (aunque las palabras ſuenen â condiciones) fueſſen modales las clauſulas del Mayorazgo, como ſe probò *num.* 123. y 124. del Manifieſto.

29. A conſequencia de eſto, lo que ſe ſigue es, que la mente del Fundador no fue, ſe guardaſſe ſu diſpoſicion en la clauſula general como preciſa, y rigoroſa condicion; ſino por via de modo: aſsi por que entra ſuponiendo la ſucceſſion, y poſſeſsion, como por que, ſi ſu conſtante voluntad huvieſſe ſido, quando ſe puſo dicha clauſula, ſe guardaſſen todas como rigoroſas condiciones, no era dable, que ſubſiguiente, ê immediatamente en las demàs clauſulas ſe corrigieſſe con las diſpoſiciones modales, que en ellas conſtan.

30. Probandoſe eſto; con ſer cierto en Derecho, que en duda no ſe preſume, que in continenti ſe quiſieſſe corregir, como fundò Pareja *de univ. inſtrum. edit. tit.* 2. *reſ.* 6. *num.* 304. con

con los que cita; por lo que todo el fundamento, que se toma con dicha clausula general, â efecto de incluir precisa condicion, fue præter ejus voluntatem.

31. Haciendo tanta fuerza, como la hace esto, no pudo menos el Avogado de Don Juan Nicolàs, que confessarla; pues hallando contrariedad en las clausulas subsiguientes â la general, y que esta quedaba inteligenciada, en que no produxo precisa condicion, recurriò â limitarse, diciendo, que en las que huviesse disposicion modal, no corria lo dispuesto en la clausula general: por lo que hizo recurso â la de residencia de los Posseedores en esta Ciudad, queriendo, que en ella no ay efectos, que produzgan contraria disposicion â la de dicha clausula general, para que citò â el Sr. Castillo en diferentes lugares, y el principal *tom.* 4. *c.* 54. *num.* 1. *ad* 7.

32. La idèa, que se llevò en esta rèplica, fue, que haciendo demonstrativas las voces, que contiene esta clausula, imponiendo el gravamen â los *que posseyeren* el Mayorazgo, se debia entender, que la residencia havia de preceder â la possession; todo â fin de convencer lo fundado en el Manifiesto desde el *num.* 127. *hasta el* 130. y no probando con los AA. que citò, sino es (quando mas) que in dubio se entiende qualquiera qualidad demonstrativa, no se hizo cargo con referencia â la clausula, de si las voces se terminaban â voluntad restrictiva.

33. Es question muy metaphysica, la que tocan los AA. para discernir, quando la disposicion es demonstrativa, ò quando taxativa: lo que se halla en Garcia *de Expensis, cap.* 4. *à num.* 34. Surd. *de Alim. tit.* 4. *quæst.* 26. y aun el Sr. Castillo en el mismo lugar citado de contrario, de que remissivamente se hace cargo D. Olea *de Cess. jur. tit.* 7. *q.* 3. *n.* 23.

34. La resolucion, que todos estos dàn, consiste, en que entonces es demonstrativa la qualidad, quando despues de la disposicion perfecta se previene para la execucion el modo, ô qualidad, ô quando este se pone en oracion separada; pero quando se pone en la misma disposicion, ô en la oracion misma, en que està la disposicion, â que se llega, es entonces restrictiva, ô taxativa dicha qualidad.

35. Y contrayendo esto â la clausula, se halla, que en una oracion hablò con los Posseedores, suponiendolos tales, imponiendoles el gravamen de residencia; en cuyo caso no

puede dudarse, que â ellos fue taxativo, suponiendolos tales Posseedores; á diferencia de si huviera comenzado por el gravamen, y terminado, en que lo observàran los Posseedores, que entonces pudiera decirse demonstrativa la qualidad, de que fueran tales.

136. Esto procede mejor en nuestro caso, por quererse por el Avogado de D. Juan Nicolâs, haciendo aquella qualidad meramente demonstrativa, inducir una mera condicion; porque tenemos fundado â los num. 144. y 145. del Manifiesto, que en duda, debe entenderse modal, y no condicional la disposicion, y por esso el Sr. Castillo en el lugar citado de contrario *cap. 54. al num. 16.* dice: *Quòd ubicumque legato purè facto adjicitur modus, unde fieri possit solutio; modus ipse intelligitur demonstrationis causa factus, non ut adjiciatur conditio, & restringatur legatum.* De que se infiere, que siempre, que la qualidad puesta demonstrativè sirviera de restringir, y hacer condicional la disposicion, no debe tenerse, sino por restrictiva.

137. Todo esto, aun es excusado en este caso, respecto de que la misma clausula general, en que se funda lo condicional de las demàs, y de esta de residencia, està probado *supr. num.* 28. no fue, sino modal, por la voluntad del Fundador; con que sin reparo corre por proposicion cierta, que todas son modales: â mas de que lo mismo se fundò desde el *num.* 139. *hasta el* 152. *inclusivè* del Manifiesto, sin que por dicho Avogado se dixera cosa apreciable en Estrados contra los fundamentos, y expressas doctrinas alli citadas.

138. En lo que se parò, ô detuvo, fue, en que desde el *num.* 153. *hasta el* 167. *inclusivè*, se demonstrò con la mayor individualidad la ignorancia de los gravamenes, que tuvo el Marquês, para que por ella (aunq̃ fuessen condicionales) se le excuse de la pena, que, para incurrirla, requeria se probasse la ciencia con la mayor evidencia, sin recurso â las congeturas, como fundaron los AA. que alli citamos; aunque el lugar primero de Ciriaco lo equivocò la Imprenta, citando la *controv.* 253. debiendo haver puesto la *controv.* 252.

139. No procediendo, lo que intentò persuadir contra lo expresso de las palabras de estos AA. que pueden verse, de que hablaron solamente de los gravamenes modales (cuya confession se accepta, por serlo los de este Mayorazgo) aun-
que

que conociendolo assi, pretendia, que el Marquès tuvo ciencia de ellos, trayendo solo para su prueba una endeble congetura, yà hemos dicho, que en el assumpto no basta; por lo que recurriò, â que, debiendo el Marquès saber las condiciones de sus llamamientos, no le excusa su ignorancia, para que se valiò del lugar de Mieres *part. 2. quæst. 4. illat. 8. num. 181.*

40. Pero para que se vea no hablò este de las condiciones de los Mayorazgos, basta que en el *num.* antecedente, y muchos siguientes prueba, que en ellas excusa la ignorancia, y que para su exclusion no son suficientes congeturas.

41. Tampoco lo es para su idèa el otro lugar, que traxo para este assumpto de Escobar *de Purit. p. 1. quæst. 4. §. 7. num. 36.* tan inconducente para el caso, como que habla, de quando, sabiendo el Posseedor el gravamen de contraher matrimonio con persona Noble, no hizo diligencias bastantes para saber la qualidad de la persona, con quien contraxo, y saliò ser de generacion maculada, haviendo entonces personas, que pudiessen de ello haverlo cerciorado, que son los terminos del *cap. Innotuit. 20. de Elect.*

42. Recurriò por ultimo â fundar con otros AA. que en la propria condicion no excusa la ignorancia, como fueron el Sr. Molin. *lib. 2. cap. 13. num. 30.* Paz *de Tenut. cap. 17. num. 7. y 8.* y Escobar *dict. quæst. 4. §. 7. num. 127.* â mas de la ley *Multùm, ff. de conditionibus, & demonstr.*

43. Pero suponiendo, que el lugar del Sr. Molina es mas bien contrario al assumpto, para que se citò, pues expressamente funda, ser apreciable la ignorancia, para impedir la pena, especialmente, quando es modal el gravamen; sin decir lo contrario en terminos de ser condicional, aunque no tenga entonces por tan clara su doctrina, diciendo: *In propria autem, ac vera conditione, forsam hoc non tam clarè procederet*, que no es negar, que con efecto proceda, como por el Avogado de D. Juan Nicolàs se persuadia, tampoco le son favorables las demàs doctrinas.

44. No lo es la dicha ley *Multùm, de Condit. & Demonstr.* para lo que basta el transcribir sus palabras, que dicen, ibi: *Multùm interest, conditio facti, an juris sit; nam hujusmodi conditiones, si Navis ex Asia venerit, si Titius Consul factus fuerit, quàmvis impletæ sint, impedient hæredem, circa adeundam hæreditatem, quandiu ignoraret, eas impletas esse.*

De

45. De cuyo texto, lo que se infiere es, que la ignorancia es justo impedimento en las condiciones, que son, como en este caso, condiciones facti, y no juris; por lo que sin duda perjudica â D. Juan Nicolàs el texto, que â su favor se ha citado, siendo assi, que prueba el intento del Marquès.

46. Tampoco lo son las doctrinas de los citados AA. que deben entenderse, de quando la condicion fuesse expressamente dirigida â suspender la possession civil, y natural, y no la aprehension real unicamente, como en el caso, que pone el Sr. Molina *de Primog. lib. 2. cap. 12. num. 17.* en el que no se transfiere desde luego la dicha possession por ministerio de la ley.

47. Pero de lo contrario suspende solo la real aprehension, hasta que llega el caso de cumplirse la condicion, que se debe executar por el Successor, quàmprimùm potuerit, sin que hasta verificarse, que, pudiendo, no la cumple, se siga la privacion.

48. Asi lo fundò el mismo Sr. Molin. *dict. lib. 2. cap. 14. num. 20.* per hæc verba: *Nam aut præceptum appositum fuit in vim conditionis, aut in vim modi. Si in vim conditionis præceptum appositum fuit, dicendum est, majoratus successorem debere, præceptum hoc adimplere, quàmprimùm potuerit, &, si illud non adimpleverit, majoratus successionem sibi non deferri*: siendo lo que se requiere, si fuera modo, que despues de posseìdo el Mayorazgo fuera la inobservancia, y que interpelado con termino para el cumplimiento del gravamen, lo resistiera.

49. Se esfuerza este discurso con lo mismo, que en Estrados dixo dicho Avogado, para evadirse de la dificultad, que le causò la Executoria, que trae Pegas, y se citò en el Manifiesto num. 180. en que se dispensò la condicion de residencia en Lima, prevenida en cierto Mayorazgo â una Religiosa, por no poder cumplirla por su estado: â que respondiò el Avogado de D. Juan, fue esto, porque el impedimento, que tenia esta Religiosa, era por ella inauferible; de que se sigue, que el impedimento, que causa impotencia para cumplirse las condiciones, basta para excusar la pena de no observarlas.

50. Con que si en la censura legal es muy cierto, que no se conoce mayor impedimento, que la ignorancia, como dixo Pegas *ad ordin. lib. 1. tit. 62. §. 2. num. 6.* ibi: *Sed ad nihil tenebatur, cùm nullum majus possit excogitari impedimentum, quàm ipsa*

igno-

ignorantia; se sigue, que la que el Marquès ha tenido de los gravamenes de este Mayorazgo, tan fundada, como resulta del Manifiesto, es la mas justa causa, de que no le estè negado, ni dificil el ingresso para su goze, aunque fueran verdaderas condiciones; que es lo que en dicho Manifiesto â los numeros citados procuramos persuadir, y lo bastante, para convencer lo expuesto por el Avogado de D. Juan Nicolàs.

51. Prosiguiendo en su instancia fixò proposicion, sobre que, teniendose por condicional la disposicion del Fundador, no puede esta estar in suspenso; sino que se ha de hallar cumplida al tiempo mismo de la vacante, y delacion de la possession civil, y natural; de calidad, que el que debiere succeder, precisamente la ha de tener entonces cumplida; porque de lo contrario passarà â otro: todo â fin de impugnar, lo que consta por el Manifiesto desde el *num.* 168. *hasta el* 170. *inclusivè*, sobre que, aunque fuessen proprias condiciones las de este Mayorazgo, no està negado al Marquès el ingresso en su goze, siempre que las llegasse â cumplir.

52. Si los AA. que citò, asseguràran la certeza de esta proposicion, pudiera hacer mas fuerza; pero si se registran, se hallarà, no ser tan absolutamente cierta, como se propuso; pues hay casos, en que estè suspensa; tanto, que aunque en alguno passe el Mayorazgo â otro, es revocabiliter: en tanto grado, que se le deba quitar, viniendo otro, que por tener mejor derecho, no pudo ser perjudicado, aunque no huviera sido habil al tiempo de la vacante.

53. Uno de los AA. que citò, fuè â Roxas *de Incomp.* 5. *part. cap.* 2. *numer.* 29. en el qual no fixa su opinion; sino vâ refiriendo, como antes, las de otros, que requieren la capacidad al tiempo de la vacante, excusando citarlo desde el *numer.* 32. donde lleva, poder estar la succesion in suspenso, lo que prosigue fundando latissimamente; y que si se le diere â otro, aya de ser con fianza de restitucion de frutos, poniendo *sermone vernaculo* al *num.* 71. la formula de la determinacion: no siendo tolerable se cite authoridad, cuyo Author no prueba, lo que se dice.

54. Y recurriendose al *n.* 46. dice: *At verò effectus succesionis potest esse in suspenso secundùm accidentia, quæ se offerant, ad sustinendam intentionem Institutoris in favorem personæ magis dillectæ, ac privilegiatæ, & melioris conditionis, seu qualitatis, quæ tempore futuro supervenire valeat.*

55. De que se sigue ser incierto, que la succesion no pueda estar in suspenso por algunos accidentes, como se procurò persuadir, y de cuya opinion de Roxas, â mas de los AA. que cita, fue su Addicionador Aguila *in dict. cap. numisuo* 29. y por consiguiente, que si el Marquès, por la ignorancia, que tiene, y tuvo su Padre, desde que se ausentò â Indias, de haver de acaecer tal vacante, y tambien de las clausulas de la fundacion, siendo la persona mas predilecta, no las ha cumplido, no serà mucho estè la possesion in suspenso, como lo està, quando el Posseedor contraviene, ô renúcia el Mayorazgo en favor de un transversal, y despues le nace un hijo, en que son copiosas las doctrinas, no solo de Rox. sino de la Comun de los AA.

56. Sentado, que puede estar la succesion in pendenti, tampoco procede, lo que se propuso, de que, por ser condicional la disposicion, requiere puntual cumplimiento; porque los AA. que se citaron, y estàn registrados, lo que dicen, es, que hasta que la condicion se cumpla, no se entre al goze, lo que no se ha negado; antes si, en el supuesto, de que fuessen tales las deste Mayorazgo, se dixo, tenia el Succesor obligacion de cumplirlas, quamprimùm potuerit, antes de la possesion, però sin privar de la succesion; antes si Gutierrez en el lugar, que citò, que fue el *cap.* 20. *de Matrim.* previene al *num.* 13. *circa medium*, que se le requiera al gravado, sobre que cumpla la condicion.

§.

57. Haviendose propuesto desde el num. 171. del Manifiesto el punto sobre la residencia en esta Ciudad, que previno el Fundador, y fundadose sobre la validacion de esta clausula, se quedò, en que era opinable: y sin hacerse cargo de esto el Avogado de D. Juan Nicolàs, sentò en Estrados (con la voz de futilidad) no ser arreglado, lo que en el Manifiesto se dixo, queriendo fundar con Roxas, Aguila, y Antunez, que el Fundador pudo imponer este gravamen, por ser util, y oportuno, para conservar su memoria, lustre, y honor de su familia en esta Ciudad: y en esto mismo debiera confessar lo opinable, haciendose cargo del lugar especial de Amaya, que se citò al *num.* 176. y â quien siguiò Ayllon ad Gomez *lib.* 1. *cap.* 12. *num.* 76. *ad finem*, donde lleva lo mismo.

Ha-

58. Haciendole fuerza, lo que se fundò en el Manifiesto, desde el *num.* 185. hasta el 207. *inclusivè*, sobre que la residencia en esta Ciudad, no fue el objecto principal, ô causa final del Fundador; sino el augmento, y conservacion de los bienes del Mayorazgo, para el mayor, y mejor lustre de su familia, lo que se procurò persuadir, y fundar lo mejor, que se pudo.

59. Sobre esto solo dixo en Estrados, que para la clausula de residencia en este Mayorazgo, puesta por el Fundador, tuvo por causa final la residencia en esta Ciudad; y al llegar â probarlo, los AA. q̃ citò, como fueron Roxas, y otros, solo dicen, que es regular ponerse semejantes condiciones, con el fin de perpetuar la memoria de los Fundadores en el Lugar, que se previene; lo que no probò el assumpto â la especie de este Pleyto, en que la Fundacion prueba lo contrario.

60. Lo mas reparable fue, que no pudo excusarse, viendo tan sòlidos fundamentos de confessar, que la causa final apetecida en este Mayorazgo, que dice el Impresso, quando mas, serìa una menos principal, â que no correspondia la suspension de la disposicion, sin explicar, lo que quiso decir, cō ser causa final principal, ô menos principal.

61. Observase, que no citò Author alguno, que compruebe esta solucion, quando la fundacion misma, y los AA. citados en el Manifiesto, fundan lo contrario; y que la causa final unica fue la alli assignada; que confessandose haver faltado, y que su efecto, en el supuesto, de que fuesse la principal, suspendia la disposicion, se vino substancialmente â confessar la insubsistencia por este medio de la oblgacion de residir en esta Ciudad precisamente.

62. Haviendose fundado ex abundanti desde el *num.* 208. del Manifiesto hasta el 246. *inclusivè*, que la cortedad de la renta de este Mayorazgo permite, que V. S. attentis reliquis circunstantiis, pueda, ô deba dispensar sobre la residencia prevenida por el Fundador; lo que unicamente se adelantò en Estrados por el Avogado de D. Juan Nicolàs, pretermitiendo dàr puntual, y adequada respuesta â dichos fundamentos, fue, tenia lo bastante con poder cumplir con la residencia en esta Ciudad, aunque las rentas del Mayorazgo huviessen con efecto decrecido, segun se pro-

po-

ponia por el Marquès; maximè, que por ser descendiente del Fundador, era perjudicado, y que por esto no podia hacerse la dispensa.

63. Y no teniendo prueba directa, con que assegurar esta respuesta, recurriò, que â simili le aprovechaba el Cardenal de Luca *de Fideicomm. disc.* 14. *num.* 7. que â mas de que no prueba el assumpto, atendido con reflexion, es contra producentem.

64. La especie, que toca, es, la de que, si haviendo incompatibilidad entre dos Mayorazgos, serà dable la dispensa, para poderse obtener ambos, maximè, quando un tercero pretende cumplir, y que se le perjudica con semejante union: y discurriendo sobre este assumpto, distingue, que ô este tercero por transversal, ô por otro motivo, no espera la utilidad de la union; ô que puede tener esperanza, y probabilidad de succeder en ambos en algun tiempo, y usar de su utilidad. Y supuesta esta distincion, resuelve in hunc modum.

65. *Et quando non agitur de derogatione formali ad effectum alienandi, sed de hujusmodi dispensationibus, aut derogationibus præceptis prohibentibus mixturam; tum tales gratiæ concedi solent, quando alia exhorbitantia non concurrat, nisi illa derogandi voluntati defuncti absque præjudicio tertii viventis: quia nempe filiis, ac descendentibus gravati, cui gratia, seu dispensatio conceditur, & aliis vocatis, ita mixtura ob alterius fideicommissi assequutionem magis prosit, quàm noceat, unde subintelligi, seu præsumi possit, etiam voluntas ipsius Testatoris, quòd si viveret, ac interrogaretur, hujusmodi mixturæ ob majorem suorum descendentium, seu generis dillecti ditationem, ac splendorem verisimiliter consentiret.*

66. E immediatamente prosigue, ibi: *Sed ubi præjudicium est de præsenti ejus, qui exprefsè se opponit, & contradicit, & qui nec in re, nec in spe aliquod commodum pro se, vel ejus descendentia ex hujusmodi mixtura reportare, vel sperare potest, tunc nulla subesse videtur ratio, quæ hujusmodi gratiarum concessionem suadeat; ideòque concludendo dicebam, probabilius videri in hac facti specie, gratiam denegandam fore, ut credo sequutum.*

67. Esto es, lo que dice el Cardenal de Luca; y si al Avogado de D. Juan Nicolàs le pareciò, que por solo poder vivir en esta Ciudad cumplia, para impedir la dispensa, se olvidò, de que llegado el caso, por algun accidente, de

que

que alguno de ſus deſcendientes no pueda reſidir, no ſe le ſigue perjuicio, ſino beneficio.

68. In ſimili en el caſo de Luca, por ſer los Mayorazgos diverſos, y que no ſe podian juntar en el tercero, que contradecia la diſpenſa, por ſer de diſtintos Fundadores, y llamamientos diverſos, diò lugar â la duda, y tambien â la diſtincion, que pretermitiò el Avogado de D. Juan Nicolàs, porque no le aprovechò; pues en el caſo, de que ſaltim in ſpe, reſultaſſe alguna utilidad â el que impugnàre la diſpenſa, puede concederſe, no obſtante ſu reſiſtencia, que es, lo que expreſſamente dice el Cardenal de Luca.

§.

69. En el punto de la incompatibilidad, que tan abundantemente ſe fundò no haverla, deſde el *num.* 247. haſta el 290. *incluſivè* del Manifieſto, y que, quando la huvieſſe, baſtaba la cortedad de rentas, â que han llegado los Mayorazgos, que ſe ſuponen incompatibles, con los demàs fundamentos, que ſe expuſieron, inſiſtiò el Avogado de D. Juan Nicolàs, en que la havia; ſin mas prueba, que las congeturas, por tantos medios impugnadas en dichos numeros, ſin dàr puntual ſatisfaccion â los fundamentos alli expueſtos,

70. Solo quiſo perſuadir, que es veroſimil, que el Fundador Remirez quiſiera ſu Apellido, y Armas ſin meſcla, porque con eſta ſe obſcureceria ſu memoria, y que la prohibicion expreſſa, que puſo en eſta forma, quando llegaſſe el Mayorazgo al ſegundogenito, ſe extiende â los mayores, baſtando congeturas, para inducir eſta incompatibilidad; para que citò algunos AA. como el Sr. Caſtillo, D. Molin. Rox. D. Larream, y otros.

71. Pero ſuponiendo, que en algunos de eſtos lugares, regiſtrados, ſe hallarà, que no prueban el aſſumpto, para que ſe citaron; lo cierto es, que los que traxo para probar, que es veroſimil el precepto de Apellido, y Armas ſin meſcla, y que aſsi debe obſervarſe, aunq eſta qualidad no ſe halle prevenida, porque con la mixtura ſe confunde la memoria de los Fundadores, ſe debe entender, de que la memoria de dichos Fundadores, mejor ſe conſerva ſin meſcla de otras Armas; pero no que abſolutamente ſe confunda con ella.

72. Y aunque el lugàr, que se pudiera tener por mas dudoso es el de Mieres en la *part. 2. quæst. 4. illat. 8. num. 120.* en que parece està contrario al Marquès, no fue esta su opinion; antes si, haviendo fundado la contraria desde el *num.* 79. hasta el *num.* 88. diciendo, que era mas equitativa, solo puso algunos fundamentos, por la de que debieran traerse sin mescla; aunque no se previniera por el Fundador, en lo que siguiò hasta dicho *num.* 120. y los siguientes.

73. Pero aun estos fundamentos los impugna fuertemente el Sr. Castillo, citado tambien por dicho Avogado para otro efecto *en el cap. 136. del tom. 6. desde el n.* 78. dando solucion â todos, y cada uno de ellos, y al del referido *num.* 120. per hæc verba: *Uno solùm verbo evincitur, quòd Testator, qui simpliciter ita disposuit, nec immixtionem prohibuit, sola nominis, & armorum delatione contentus fuisse, videtur; aliàs namque, si mixturam abhorreret, sive quòd nomen, & arma sua sola deferret Successor, intenderet, facile illi esset id exprimere, & quod non expressit, velle, non præsumitur.*

74. Despues sigue, fundando su opinion con el Sr. Molin. â quien siguen sus Addentes *lib. 2. cap. 4. num.* 30. con otros muchos, y el P. Molin. de *Justit. & jur. tom. 3. disp.* 615. añadiendo al *vers. Nec obstat.* ibi: *Nec obstat, si dicatur, non conservari familiam, nec memoriam Institutoris ex hac mixta nominis, & armorum delatione, nam quàmvis negari non possit, quin meliùs conservetur memoria ex nomine, & armis simplicibus, quàm mixtis; illud tamen certissimum est, ex nomine, & armis mixtis, memoriam utriusque Institutoris conservari, præsertim cùm in hoc concurrat Hispaniæ consuetudo, quæ quoadhoc potissimè consideranda est, & secundùm quàm institutio Majoratus interpretari debet,* para lo que despues cita al Sr. Valenzuela Velazquez, y otros muchos, que es buena prueba de la insubsistencia de este medio.

75. Menos fundamento tiene el punto de la extension, de lo que dispuso el Fundador, para quando estuviera el Mayorazgo en el segundogenito; porque si los AA. que citò para ello, dicen algo del assumpto, es en terminos, de que huviera clausula general, en que se huviera prevenido no se mesclassen las Armas, y Apellido, que se debiera extender â las demàs, que es, lo que fundò el Sr. Castillo en el lugàr citado del *lib. 6. cap. 169. num. 27.* pues los demàs no prueban el assumpto presente, ni aun este lugar lo prue-

prueba,por no estàr en clausula general prevenida esta circunstancia en nuestro caso; sino restricta al de passar el Mayorazgo al segundogenito.

76. Y en quanto â lo de que por congeturas se pruebe la incompatibilidad, para que se citaron algunos AA. sin responder â los fundamentos expuestos desde el dicho *num.* 248. *hasta el* 255. *inclusivè* del Manifiesto (aunque al 248. se omitiò casualmente citar el cap. 180. del Sr. Castillo, citandose solo el numero, y libro) la mas concluyente satisfaccion es, que propuesta la incompatibilidad, que tiene D. Juan Nicolàs con este Mayorazgo,por el q̃ possee, llamado de Venegas de Quezada, desde el *n.* 350.del Manifiesto, con mas, que evidentes congeturas, resistiò fuertemente su Avogado, que con ellas huviera bastante para inducirla, queriendo, que estuviesse expressamente prevenida.

78. Pero de lo que tampoco se hizo cargo, fue, de que, citando AA. para probar su intento, como el Sr. Castillo *lib. 6. cap.*180. *num.* 14. Rox. Aguila,y el mismo Sr.Castill. *in cap.* 181. todos requieren sean las congeturas claras, y evidentes, que no se hallan en nuestro caso; que las que se alegan tienen contra sì los fundamentos, que expressa el Manifiesto.

78. Y lo que es mas, que el mismo Sr. Castillo en el *num.* 13. *cap.* 181. dice, que para llegar â la privacion por semejantes congeturas, quando no se cumplen los preceptos, que se inducen con ellas solamente, ha de ser *maximo temperamento* .·.·.·. *Cùm non, nisi in casibus à jure expressis,inducenda sit*; con que pretendiendo Don Juan Nicolàs con unas presumpciones,y congeturas tan dificiles,y obscuras,privar al Marquès del Mayorazgo,no admite duda,que no debe ser oìdo, aun por los mismos fundamentos, y AA. que por su Avogado se citaron.

79. Lo que no puede no extrañarse mucho, es, que absolutamente no se tocasse en el punto de la cortedad de las rentas, que se fundò desde el *num.* 279. del Manifiesto, ser fundamento bastante, para impedir la incompatibilidad (emmendandose por el Marquès ahora la cita del Sr.Castillo, que està al *num.*282. diciendo ser del *cap.* 130. por deber decir 136.) como ni al argumento, que se formò desde el *num.*288. ni lo que se dixo sobre la incompatibilidad de

este

efte Mayorazgo, que fe tocò defde el *num.* 271. cuyos fundamentos, por hallarfe abfolutamente fin refpuefta alguna, por no haverla dado en Eftrados el Avogado de D. Juan Nicolàs, fe contemplan juftamente fubfiftentes, y que tacitamente vino â confeffarfe fu eficacia, y la infubfiftencia de la figurada incompatibilidad.

§.

80. Se fundò en el Impreffo defde el *num.* 298. *hafta el* 333. *inclufivè*, que aunque fe debiera tomar mayor conocimiento de caufa, para abfolver al Marquès de la demanda, que fe le ha puefto, debìa fer manutenido por el remedio fummarifsimo del interim en la poffefsion, que tiene del Mayorazgo, y de percebir fus frutos, por Executorias de la Sala; lo que fe fundò abundantemente, prefcindiendo de la poffefsion civil, y natural, que juftamente le compete, para lo que fon los fundamentos expueftos en los difcurfos antecedẽtes, fobre la pretenfion principal del Pleyto.

81. Lo que â todo, lo que alli fe expufo, fe refpondiò en Eftrados, fue folo, que no fe tiene por poffefsion apreciable, la que detiene el injufto Poffeedor, debiendofe entender vacante el Mayorazgo defde el ultimo, que legitimamente la obtuvo, fin obftarle â D. Juan Nicolàs lo practicado con fu Padre, quien tampoco hizo todas las defenfas, que debìa, y que la poffefsion del Marquès ferà condicional, como lo fue fu llamamiento, con otros particulares de efta mifma naturaleza, y para que fe empeñò en traer doctrinas el Avogado de dicho Don Juan.

82. Pero fe tiene muy prefente, que todas hablan, las que traxo, en terminos, de quando fe intenta el pofferforio ordinario, y la propriedad: que entonces fe atiende folo, para la vacante, la del legitimo Succeffor; pero, porque todo pende precifamẽte de los meritos principales, como el punto, de fi las claufulas fon condicionales, ô la condicion eftà contravenida, ô no purificada, interim, que efto fe liquida en el juicio plenario, fe quedan los bienes, en el que fe halla en la real poffefsion: para que fe citaron en el Manifiefto â dichos numeros, las màs terminantes doctrinas, que abfolutamente fe quedaron fin refpuefta directa, que â ellas dieffe el Avogado de D. Juan Nicolàs.

83. Ni adelantò cofa alguna con ponderar, que echaba me-

menos se fundasse la obligacion de expressar, quando pretendia su possession, la que tenia el Marquès por Executorias de la Sala: Lo primero, porque para ello basta la diferencia, que se encuentra de estar, ô no los bienes ocupados para la manutencion durante lite, que se fundò al *numer.* 336. â mas de los numeros antes citados de dicho Manifiesto, aun en terminos de proprias condiciones, que es como habla Roxas, y Aguila, citados *num.* 336.

84. Lo segundo, porque tambien bastarìa, que el mismo D. Juan Nicolàs tuvo por precisa la expression, de que havia posseìdo el Marquès Don Thomàs, Padre del actual Marquès, este Mayorazgo, para lo que pretendiò dàr la segunda informacion, sobre que era muerto, ut *in num.* 83. del Manifiesto se sentò en el Hecho, cuya propria confession le perjudica, para negar la precision de explicar el Posseedor, aunque fuesse injusto detentador.

85. Tampoco son del intento las doctrinas, sobre que el hecho de su Padre no puede perjudicarle, para obscurecer las Executorias, que con èl se litigaron, y en que se tuvo por Posseedor â el Marquès, como la de Aguila ad Rox. *part.* 5. *cap.* 3. *num.* 35. y siguientes, *& num.* 75. porque habla en terminos de hecho voluntario, como el de tolerar la prescripcion, ô hacer renuncia del Mayorazgo; però no en el caso, de que litigado un punto, tuvo sentencia contraria, que perjudica â los Succesores.

86. Sic per D. Molin. *de Primog. lib.* 4. *cap.* 8. *num.* 3. satis suadetur, con los muchos, que citan los Add. por lo que haviendose tenido por Posseedor al Marquès en contradictorio juicio, con la resistencia tan fuerte, que hizo D. Antonio, Padre de D. Juan Nicolàs, perjudica precisamente â su hijo aquella Executoria; que sobre si era Possedor, ô no, para percebir los frutos, no se siguiò incidenter; sino como assumpto principal, como se notò en el Hecho *à num.* 52. del Manifiesto, ni de ella, por ser Executoria por sentencias de Vista, y Revista, se admite suplicacion, nulidad, aunque sea notoria, ni aun el remedio de la restitucion, *ex leg.* 4. *&* 11. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recollect.* con las Concord. que cita la novissima Edicion.

§.

87. Desde el *num.* 334. hasta el 349. *inclusivè* se fundò, por motivo para la manutencion, que en caso de contemplarse

 (co-

(como està fundado serlo) modales las clausulas del Mayorazgo, se requeria, que â su privacion precediera interpelacion, â mas de la ciencia, y notificacion en persona de la demanda, para que el Marquès pueda alegar algun justo impedimento, que aunque fueran condicionales, debiera favorecerle: lo que se fundò con las disposiciones de Derecho, q̃ son del assumpto, y la del poder del Marquès, sobre que su Apoderado no conteste nuevas demandas.

88. Contra todo, lo q̃ alli fundamos, solo se adelantò, que en las verdaderas condiciones no es precisa la interpelació, que nunca se ha negado, aunque pudiera en parte hacerse, por lo que llevamos dicho con el lugar de Gutierrez *de Matrim. cap.* 20. *num.* 13. citado de contrario.

89. Pero de lo que no se hizo cargo el Avogado de Don Juan, fue del lugar de Roxas, que citamos al dicho *num.* 336. del Manifiesto, sobre que se requiere conocimiento de causa antes de la privacion, aun en las proprias condiciones, para que, el que trata de excluirse, demuestre, si ha tenido algun justo impedimento, como el que diximos *suprà num.* 49. de estas Addiciones, tuvo por suficiente dicho Avogado.

90. Y para que se vea lo claro, que explicò Roxas este punto, dice asi en el lugar citado: *Licèt Successor Majoratus contraveniat præceptis, & conditionibus in institutionibus appositis, non valeat privari, nisi priùs formato judicio, & per sententiam declaratoriam judicatum contravenisse, & ex eo ad contraventionis pœnam condemnetur, quod procedere debet, sive præceptum, conditio, seu gravamen, sit in vim conditionis, sive in vim modi*, para lo que cita muchos AA.

91. Con esto mismo se satisface, â lo que tambien dixo el Avogado de D. Juan con el Sr. Vela en la *Dissert.* 42. *num.* 21. quien cita al P. Molin. y los Add. del Sr. Molina, q̃ aun en los gravamenes modales, si se encuentra positiva contravencion de hacer lo contrario, q̃ lo que el Fundador dispuso, y no solo negativa, en omitirlo, no se requiere interpelacion; pues por lo menos se requiere el conocimiento de causa, que basta, para que sea motivo de la manutencion, por el remedio summarissimo del interim intentada: â mas, de que ni lo que funda el Sr. Vela es tan seguido en los AA. ni habla en los terminos, q̃ por parte de D. Juan se aplicò al gravamen de residencia.

En

92. En este se argumentò, que haviendo sido la contravencion positiva, residiendo en Indias, y no solamente negativa, por no residir en Sevilla, corrian aquellas doctrinas; pero atendido, que hablan del caso, en que sea prescindible la no observancia del precepto, de la positiva contravencion, como en el de traer ciertas Armas, que pueden omitirse, sin traer otras; ô trayendolas diversas, positivamente contravenirse al precepto, que es de lo que hablan dichos AA. se hallarà no son adaptables â el de residencia en Sevilla.

93. Esto se persuade, porque, para no cumplirse este, no ay otro medio, que residir en otra parte, por no haver possibilidad de no tener habitacion de Lugar alguno, como la ay de no traer absolutamente algunas Armas: â mas de que â todo satisface la ignorancia del gravamen, de q̃ no habla la citada distincion de inobservancia negativa, ô positiva.

94. Ultimamente se propuso, que no obsta la clausula del poder, sobre contestacion de nuevas demandas; sin responder â la Executoria de V. S. de qua *num.* 335. con solo el fundamento, de que assi lo siguiò Cortiada en la *Decis.* 123. *à n.* 32. en terminos, de que, el que dà el poder, estè fuera del Reyno, ô Provincia; pero llegando este Author en el *num.* 34. â oponerse la doctrina de Giurba en la *Decis.* 25. *num.* 3. que lleva lo contrario con otros, recurriò, â que *per compa-ritionem Procuratoris purgatur defectus citationis.*

95. Con que haviendo sido en este caso la comparecencia de èl del Marquès, para alegar el defecto, como siempre lo ha alegado, se evidencia lo nada, q̃ prueba el lugar de Cortiada, especialmente para impugnar la citada Executoria, pues lo mismo es comparecer, para oponer el defecto, que si no huviera comparecido, ad ea, quæ tradit Canc. *lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 114.

96. Desde el dicho *num.* 350. hasta el fin del Manifiesto, se fundaron otros motivos para la manutencion, como el de la eleccion, que tiene el Marquès, en caso, de que huviera incompatibilidad, y que el Mayorazgo, que dexàra, debìa ser para sus hijos; y el de que tiene la misma incompatibilidad, y resistencia el dicho Don Juan Nicolàs, que le atribuye al Marquès.

97. Pero lo que â todo se respondiò; fue, que â todo se

opo-

opone la naturaleza de las verdaderas condiciones, sin hacerse cargo, aunque citò algunos AA. su Avogado para este assumpto, que el Marquès en dicho Manifiesto no negò, que algunos proceden con esta distincion, tomando sus doctrinas por favorables, mediante, que las clausulas de este Mayorazgo son modales, como està fundado; y ponderando, que los demàs AA. indistintamente favorecen â su intento, lo que por el Avogado de D. Juan absolutamente se omitiò tocar, quando informò en Estrados.

98. Pero de lo que dixo, se deducen dos discursos concluyentes: El primero, que no haviendo yà insistido, en que el Mayorazgo del litigio ponga la incompatibilidad, porque yà no se dixo, que pide las Armas del Fundador solas, como en el Pleyto se pretendia, importa poco, q̃ sus clausulas sean condicionales, ô solamente modos; pues siempre, que lo sean las del Mayorazgo de Remirez, con cuyas clausulas se forma la incompatibilidad, por querer prevenga Armas, y Apellido de Remirez sin mescla, tiene el Marquès su intento comprobado; pues el Mayorazgo del litigio podrà obtenerse, siempre que se cumpla el precepto de Apellido, y Armas simpliciter, por lo que por su fundacion no es èl incompatible.

99. El segundo discurso se reduce, â que haviendose tambien confessado, que los gravamenes, que dispuso el Fundador de este Mayorazgo, en que previno efectos contrarios â la condicion, que se quiere deba estar cumplida al tiempo de la vacante, son modales, y que en ellos corrigiò su voluntad el Fundador, ut suprà diximus *num.* 26. de estas Addiciones, se sigue, que haviendose prevenido en la clausula del gravamen de Apellido, y Armas, fuera su cũplimiento dos meses despues de haverse deferido la succession, *ut num.* 8. del Manifiesto consta de dicha clausula; no puede negarse, que es modal, y que por esto corre la eleccion, y demàs, que se concede proceda en terminos, de que los preceptos sean modales.

100. Pero en punto, de lo que tan eficazmente, y con abundantissimos fundamentos se dixo en el Impresso del Marquès, sobre la incompatibilidad, que tiene D. Juan, porque possee el Mayorazgo segundo de Alvarado, ô Venegas de Quezada, y lo demàs, que alli se expuso desde el *num.*

350.

350. *hasta el 372. inclusivè*, respondiò solamente el Avogado de D. Juan Nicolàs, que las clausulas de este estàn corregidas por otra al final de la fundacion, sin decir, qual sea dicha clausula, que es buena prueba de lo nada, que le aprovecha.

101. Pero mayor resulta del contenido de la misma clausula, que se halla al *fol. 376. del 3. Ram.* ibi: *E otrosi Nos todas las dichas partes declaramos, que es nuestra voluntad, que el primero Successor del Mayorazgo menor de los dos, que aquì instituimos, se intitule, y llame D. Pedro, y los demàs se llamen, como quisieren, no perdiendo el Apellido de Venegas, y Quezada; y si lo perdieren, y no se intitularen con el tal Apellido de Venegas, y Quezada, incurran en la pena, que en esta Escriptura està puesta: y aunque estos llamados del Mayorazgo menor, se dice, que se llamen Venegas, y Quezada, traygan por Armas Alvarados, y Venegas, y Quezadas.*

102. De esta clausula, que no se incluyò en el Manifiesto, por no haverse de ella valido en el Pleyto D. Juan Nicolàs, solo se deduce declararse la del *fol. 365. B.* de qua *num. 35. y siguientes* del Manifiesto en quanto al nombre de Pedro, que en esta se dispuso traxesse el hijo segundo Successor en el segundo Mayorazgo, porque parecia de su contexto extenderse â todos los Successores.

103. Pero no se tocò en punto del Apellido de Venegas, y Quezada, que se previno sin mescla, â distincion del Mayorazgo primero, en que dispensaron, porque tuviera lugar la agregacion al de Saavedra, que discurrian las Fundadoras de estos, requeria se usasse dicho Apellido, por lo que permitieron el concurso de ambos, *ut num. 31. y siguientes* del Manifiesto, y de quando se juntasse, por casamiento, con otro Mayorazgo, con semejante obligacion de traer el Apellido de su Fundador, en cuyo caso no estamos.

104. En estos terminos queda subsistente la obligacion del Apellido sin mescla, no obstante la referida clausula, que se llama revocatoria de la antecedente, por no haver hablado en punto del Apellido, *quod enim non mutatur, quare stare prohibetur?* que dixo la *ley Sancimus. 27. Cod. de Testam.* debiendo prevalecer, siempre, que *contra judicium suum posteà defunctus venisse, non detegatur*, que son palabras del *Text. in leg. 19. §. Nec sane. in fine, eodem tit.* cui consonat *Text. in C. Majores. de Baptism. in fine*, ibi: *Cùm obicem voluntatis contrariæ non invenit obsistentem.*

105. Y mas se adelanta esto mismo, con que de pretender, que la aya D. Juan Nicolàs, debiera demonstrarla, *leg. Eum, qui. 22. ff. de Probation.* ibi: *Eum, qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere.* Cui consonant *L. 3. eodem tit. & L. Fideicommissa. §. Si rem. ff. de Leg. 3.* mayormente quando, siempre, que en esta ultima clausula se remitieron las Fundadoras â la primera, en quanto al Apellido, sin disponer cosa contraria, no se entiende la disposicion de ella, como nueva; sino una misma: ni nunca se presume novacion, si expressa, y claramente no se previene, ut latè D. Salgad. *in Labyr. part. 3. cap. 11. à num. 81.*

106. Lo que si se ha conseguido con la nueva clausula, es, verificar la certeza, de lo que se dixo en el Manifiesto â *num.* 354. *ad* 358. *inclusivè*, sobre que las Fundadoras del Mayorazgo de segundos previnieron el uso de sus Armas, assi porque en dicha clausula expressamente dispusieron el de las de Venegas, Quezadas, y Alvarados, como porque, dando por supuesto las tenian prevenidas, lo que disponen, como nuevo, es, que sin embargo, de que el Apellido sea solo de Venegas, y Quezada, quieren tambien las Armas de Alvarado.

107. Finalmente se forma este dilemma: O es cierto, lo que desde el num. 70. llevamos dicho, quiso el Avogado de Don Juan Nicolàs, sobre que prevenido, ô no expressamente el Apellido, y Armas sin mescla, se ha de tener por puesta semejante qualidad; ô no lo es. Si se dice lo primero, havrà de confessar Don Juan la incompatibilidad, que tiene por sus Mayorazgos, para gozar el del litigio; aunque en el de Venegas, la referida qualidad no fuesse expressa, sino por congeturas.

108. Y si se dice lo segundo, cessando el argumento, q̃ se formò, para persuadir la incõpatibilidad del Marquès, para posseerlo con el de Remirez de Arellano, se confessarà, no haverla, retractandose, de lo que sobre ella se ha querido con tanto empeño figurar, como lo hizo con la incompatibilidad, que pretendiò en el Pleyto, se ponga por el Mayorazgo del litigio, queriendo, que en este se huviera prevenido el uso de las Armas de Neve sin mescla, de lo que despues se retractò en Estrados.

109. Que aunque tambien dixo concedia, que no pone in-

incompatibilidad el Mayorazgo del litigio, y que no pide Armas solas, para inferir, que no le era à D. Juan incompatible con el de Venegas, fue tan voluntaria esta ilacion, que no advirtiò dicho Avogado, que basta, que el Mayorazgo de Venegas pida Apellido sin mescla, para que previniendose saltèm simpliciter en el de Neve, que se litiga, proceda la incompatibilidad, como en dichos num. fundamos, y antes num. 251. del mismo Manifiesto.

110. Por lo mismo fue excusado se cansàra en persuadir no pidieron las Fundadoras del Mayorazgo de Venegas, se traxessen las Armas de este Apellido sin mescla, siendo cierto, que no se hizo cargo, de lo que en este assumpto haviamos fundado, y ahora và dicho con la nueva clausula *del fol.* 376. *del* 3. *Ram.* citando solo un lugar de Roxas 1. *part. cap.* 1. *num.* 42. para probar, que se requiere prevenida en uno de los Mayorazgos la qualidad, de que no aya mescla.

111. Pues â mas, de que esta especie no se ha negado, y que el Avogado de Don Juan se opone, â lo que desde el dicho *num.* 70. diximos, quiso fundar en Estrados; en todo acontecimiento queda sin respuesta alguna el punto del Apellido sin mescla, prevenido en el Mayorazgo de Venegas, que por la misma doctrina de Rox. causa incompatibilidad con el de el litigio, que tambien previene el Apellido de Neve, aunque simpliciter.

112. Con estos fundamentos, y respuestas, dadas â las mas principales instancias, que se observaron, practicò en Estrados el Avogado de D. Juan Nicolàs, parece quedan mas claramente firmes, los que se expusieron por el Marquès en su Manifiesto, para assegurarse mas en su justicia, y merecer de V. S. y de su notoria justificacion, la determinacion favorable, la que assi espera, salva in omnibus T. S. D. C. cujus sub auspiciis hæc libentissimè cedimus. Hispali quarto Idus Novembris anno Dñi. MDCCXLVI.

Lic. D. Juan Joseph de Padilla Velasquez.

Lic. D. Juan Manuel de Vargas y Alarcos.

mentepraliminas á [illegible] [illegible] y que [illegible] [illegible] que no se [illegible] [illegible] con el de Venegas, sea con relacion [illegible] que por el mismo [illegible] Avogado, [illegible] [illegible] [illegible] de Venegas para Apellido [illegible] para [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] que [illegible] [illegible] [illegible] incompatibilidad, como [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] del [illegible].

110. Por lo mismo [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] con las [illegible] del Mayorazgo de Venegas [illegible] las Armas de [illegible] Apellido [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] de la [illegible] [illegible] [illegible] [illegible], y ahora [illegible] [illegible] clausula [illegible] [illegible] citan [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] para [illegible] que [illegible] [illegible] en uno de los Mayorazgos la qualidad, [illegible] [illegible] [illegible].

111. [illegible] mas de que ella [illegible] [illegible] [illegible], y [illegible] de [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] en Letrados, en [illegible] [illegible] queda sin respuesta alguna el punto del Apellido [illegible] [illegible] en el Mayorazgo de Venegas, que por la misma doctrina de [illegible] [illegible] incompatibilidad con el de [illegible], que tambien previene el Apellido de Neve, aunque [illegible].

112. Con estos fundamentos, y respuestas, dadas á las mas principales instancias, que se observaron, para lo que en Letrados el Avogado de D. Juan Nicolas, parece quedan mas claramente firmes, los que se expusieron por el Marques en su Manifiesto, para asegurarse mas en su justicia, y merecer de V. S. y de su notoria justificacion, la determinacion favorable, la que assi espera, salva in omnibus T. S. D. C. cujus sub auspiciis haec libentissime edimus. Hispali quatro Idus Novembris anno Dni. MDCCXLVI.

Lic. D. Juan Joseph de Padilla y Alarcon.

Lic. D. Juan Manuel de Vargas Velasquez.